Recueil Dalloz 2010 p. 1321

Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité ne sont pas jeux de hasard : la réplique du Conseil constitutionnel à la Cour de cassation !

Anne Levade, Professeur à l'Université Paris Est-Créteil (SDIE - EA n° 4389)

Assurément, rien ne laissait augurer que la loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne pût offrir au Conseil constitutionnel l'occasion d'une grande décision. C'est à la Cour de cassation qu'on le doit, le hasard du calendrier ayant fait le reste. En effet, trois jours après que 138 députés avaient saisi le Conseil de la loi adoptée une semaine auparavant, la Cour rendait, dans le cadre de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été transmise, deux décisions avant dire-droit renvoyant une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne (1). C'est à ces décisions que le Conseil constitutionnel a entendu répliquer, en cela aidé par une saisine complémentaire des députés faisant référence à la solution retenue par la Cour de cassation.

Sans qu'il soit besoin de longuement s'y attarder, retenons que la saisine principale a échoué puisque les dispositions législatives contestées ont été déclarées conformes à la Constitution. En revanche, c'est la saisine complémentaire qui, au-delà sans doute de ce que ses auteurs même imaginaient, a prospéré, puisque vingt-deux des quarante-deux considérants de la décision lui sont consacrés. L'invite était claire : vérifier que la loi « n'[était] pas inconventionnelle ». L'argument la fondant était précis : « *L'arrêt n° 12003 ND, rendu par la Cour de cassation le 16 avril 2010 indique que vous pourriez exercer un contrôle de conformité des lois aux engagements internationaux de la France, en particulier au droit communautaire* ». Convenons-en, le Conseil constitutionnel aurait pu, d'un considérant, écarter le moyen, en rappelant, d'une part, qu'il est, en vertu de la Constitution, juge de la seule constitutionnalité et, en aucun cas, de la conventionnalité des lois et, d'autre part, que la loi soumise à son contrôle n'étant pas une loi de transposition, la jurisprudence qu'il a développée sur le fondement de l'article 88-1 de la Constitution n'avait pas lieu de s'appliquer. La solution aurait été d'autant moins contestable que, en l'espèce, le nouveau moyen était soulevé en termes très généraux et sans qu'aucune disposition de la loi ne soit visée.

Le Conseil constitutionnel a choisi une autre voie : celle de l'*obiter dictum* !

Saisissant l'occasion de la première décision rendue depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, il procède à une véritable mise au point. Saisissant surtout la première occasion offerte depuis la décision de la Cour de cassation, il lui répond. Nulle équivoque à cet égard puisque la décision du 16 avril est, à deux reprises, citée, d'une part, aux visas de la décision et, d'autre part, dans ses motifs (consid. 9), et qu'elle seule explique que, contrôlant la constitutionnalité d'une loi *a priori*, le Conseil constitutionnel consacre de longs développements à la question prioritaire de constitutionnalité. Ce faisant, disons-le, il engage également le dialogue avec la Cour de justice qui, dans les prochaines semaines, devra examiner la question préjudicielle qui lui a été adressée.

C'est là ce qui fait l'importance de la décision. Argumentée en vingt-deux considérants stratégiquement placés au coeur de la motivation (consid. 10 à 21), la réponse du Conseil alterne rappel de sa jurisprudence constante et clarifications sur le contrôle au titre de la question prioritaire de constitutionnalité ; en régulateur de rapports de systèmes, il confirme que la conventionnalité n'est pas affaire de constitutionnalité (I) et précise que la *priorité constitutionnelle* est une règle d'articulation des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité (II).

I - Le rappel : la conventionnalité n'est pas affaire de constitutionnalité
Disons-le d'emblée, analysée sous cet angle, la décision du Conseil constitutionnel n'est en rien novatrice et seule la décision pour le moins surprenante de la Cour de cassation explique que ce qui semblait aller sans dire aille mieux en le disant, voire en le répétant. Ce faisant, le Conseil précise les conditions de l'application à la question prioritaire de constitutionnalité de solutions désormais classiques, développées au titre du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*.

En premier lieu, on le sait, le Conseil considère, depuis 1975 (2), qu'il ne lui appartient pas de contrôler la compatibilité des lois avec les engagements internationaux et européens de la France ; la décision du 12 mai le réaffirme en trois temps. Tout d'abord, l'article 55 de la Constitution ne prescrit ni n'implique que le respect de la supériorité des traités sur les lois « *doive être assuré dans le cadre du contrôle de la conformité des lois à la Constitution* » (consid. 10). Ensuite, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité pas davantage que dans le cadre du contrôle de constitutionnalité de l'article 61 de la Constitution, « *le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité* » (consid. 11). Enfin et en guise de conclusion, fût-ce au prix d'une répétition, le Conseil confirme qu'il ne lui appartient pas, « *saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux ou européens de la France* » (consid. 16). Répliquant précisément à la Cour de cassation, il ajoute que la circonstance que le Traité de Lisbonne soit mentionné dans la Constitution, spécialement par son article 88-1, n'en fait pas une norme de référence du contrôle de constitutionnalité.

On ne saurait être plus clair ! La Cour de cassation avait tort : il est exclu que le Conseil constitutionnel pût, à un titre quelconque, pratiquer le contrôle de conventionnalité !

En deuxième lieu, le Conseil le confirme, les lois de transposition de directives font l'objet, depuis 2004, d'un contrôle de constitutionnalité spécifique puisque « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* » (consid. 17). Point n'est besoin de longuement gloser sur le sujet ; la jurisprudence est connue (3) et son considérant de principe repris (consid. 18). Une fois encore en réplique à la Cour de cassation, le Conseil prend soin d'ajouter que « *le respect de l'exigence de transposition des directives ne relève pas des ?droits et libertés que la Constitution garantit?* » (consid. 19). Bien que relevant de l'évidence, la précision est d'importance et l'engouement légitimement suscité par la question prioritaire de constitutionnalité ne doit pas le faire oublier : l'article 61-1 de la Constitution et la loi organique du 10 décembre 2009 impliquent que la disposition législative contestée « *porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit* ». L'article 88-1 ne vaut donc pas *truchement* par lequel les droits et libertés que le droit de l'Union garantit se trouveraient constitutionnalisés.

Une fois encore la Cour de cassation s'est méprise : une question de compatibilité avec le droit de l'Union ne peut être une question prioritaire de constitutionnalité !

En troisième lieu, le Conseil le dit plus clairement que jamais, puisqu'il ne peut y procéder, l'examen d'un grief fondé sur les traités internationaux ou le droit de l'Union européenne « *relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires* » (consid. 12). L'affirmation de principe est plusieurs fois reprise et la compétence des juridictions administratives et judiciaires en matière de contrôle de conventionnalité devient en quelque sorte un élément de la définition dudit contrôle en droit français (consid. 11). Celles-ci devant l'exercer « *en tout état de cause* » (consid. 18), rien ne saurait la limiter (consid. 13) ou priver les juridictions de la faculté ou de l'obligation de procéder à un renvoi préjudiciel dans les conditions prévues par le droit de l'Union (consid. 15).

Disant cela, le Conseil constitutionnel profite de ce qu'il réplique à la Cour de cassation pour apporter une clarification sur ce que la *priorité* constitutionnelle implique.

II - La clarification : la priorité constitutionnelle est une règle d'articulation
Rappelons-le, le caractère *prioritaire* de la question de constitutionnalité prévue par l'article 61-1 de la Constitution est né avec la loi organique relative à son application(4). Le Conseil constitutionnel lui avait alors consacré deux considérants explicatifs(5) qui mettaient l'accent sur son caractère exclusivement procédural, la priorité « *a[yant] pour seul effet d'imposer, en tout état de cause, l'ordre d'examen des moyens soulevés devant la juridiction saisie* »(6).

La décision de la Cour de cassation montrant que, manifestement, les choses n'avaient pas été suffisamment clairement dites, le Conseil constitutionnel fait le choix de la clarification en réplique. La décision du 12 mai 2010 est donc le prolongement de celle du 3 décembre 2009, le Conseil précisant - le troisième visa de la décision en atteste - la lecture de la loi organique.

Le raisonnement se déroule en trois temps correspondant à quatre considérants.

En premier lieu, le cadre général : la loi organique précise, dans deux dispositions, « *l'articulation entre le contrôle de conformité des lois à la Constitution, qui incombe au Conseil constitutionnel, et le contrôle de leur compatibilité avec les engagements internationaux ou européens de la France, qui incombe aux juridictions administratives et judiciaires* » (consid. 11). Distincts, les contrôles sont donc articulés !

En deuxième lieu, et en réponse à la Cour de cassation qui avait invoqué l'argument, l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel est sans effet sur le caractère distinct et articulé des contrôles. Dès lors, l'autorité que l'article 62 de la Constitution confère à une décision de constitutionnalité rendue au titre de l'article 61 ou 61-1 « *ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux* » (consid. 13). Dit autrement, la circonstance que la constitutionnalité soit, en toute hypothèse, prioritairement contrôlée ne vaut pas validation au titre de la conventionnalité et il revient aux juridictions ordinaires d'y veiller.

En troisième lieu, et de manière détaillée, le Conseil expose le *mode d'emploi* de la question prioritaire de constitutionnalité dans l'hypothèse où une juridiction est simultanément saisie d'un moyen d'inconventionnalité. Tout d'abord, le principe est rappelé : « *le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, d'une part, statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires* » (consid. 14). La constitutionnalité ne fait donc pas obstacle à la conventionnalité ! Ensuite, et dans le cas particulier du droit de l'Union européenne, il revient au juge d'en préserver l'effet utile, soit que des mesures conservatoires y suffisent, soit que l'urgence impose qu'il statue et écarte, le cas échéant, la loi incompatible avec le droit de l'Union dont la constitutionnalité est par ailleurs examinée. La priorité constitutionnelle ne fait donc pas obstacle à la primauté ! Enfin, parce qu'elle fait partie intégrante du contrôle de conventionnalité pour lequel les juridictions ordinaires sont seules compétentes, une question préjudicielle peut, toujours et dans les conditions prévues par le traité, être posée (consid. 15). La question prioritaire de constitutionnalité ne fait donc pas obstacle au renvoi préjudiciel ! Mieux encore, l'une et l'autre sont articulés et le juge *a quo* qui a transmis la première détermine, au vu des circonstances, quand procéder au second.

Disons-le à nouveau, la décision est importante et, pour un peu, on saurait gré à la Cour de cassation d'en avoir fourni l'occasion. Illustration du dialogue des juges, elle y apporte une contribution majeure et le Conseil d'Etat ne s'y est pas trompé qui, le 14 mai, rendait publique une décision formulant en *obiter dictum* et dès son premier considérant, une solution semblable(7). Reste à voir si la Cour de justice ne décèlera aucune fausse note dans l'interprétation que, en chef d'orchestre, le Conseil constitutionnel a livrée et si, ensuite, la Cour de cassation se ralliera au concert !

Mots clés :

(1) Cass., 16 avr. 2010, n° 10-40.001 (n° 12002 ND QPC), D. 2010. 1254, note A. Levade, 1137, édito. F. Rome, 1234, chron. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia, et 1229, chron. P. Fombeur ; AJDA 2010. 1023, note P. Manin.

(2) Cons. const. n° 74-54 DC, 15 janv. 1975, Interruption volontaire de grossesse, JORF 16 janv., p. 671, consid. 7.

(3) Cons. const. n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, Loi LEN, JORF 22 juin, p. 11182 ; D. 2005. 199, note S. Mouton, 2004. 1739, chron. B. Mathieu, 2004. 3089, chron. D. Bailleul, et 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2005. 465, étude P. Cassia ; RTD civ. 2004. 605, obs. R. Encinas de Munagorri ; n° 2004-497 DC, 1er juill. 2004, Loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, JORF 10 juill., p. 12506 ; D. 2005. 199, note S. Mouton, et 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2005. 465, étude P. Cassia ; n° 2004-498 DC, 29 juill. 2004, Loi relative à la bioéthique, JORF 7 août, p. 14077 ; D. 2005. 1132, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2005. 465, étude P. Cassia ; n° 2004-499 DC, 29 juill. 2004, Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, JORF 7 août, p. 14087 ; D. 2005. 1132, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; RFDA 2005. 465, étude P. Cassia ; n° 2006-535 DC, 30 mars 2006, Loi pour l'égalité des chances, JORF 2 avr., p. 4964 ; n° 2006-540 DC, 27 juill. 2006, Loi DAVDSI, JORF 3 août, p. 11541 ; n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, Loi relative au secteur de l'énergie, JORF 8 déc., p. 18544 ; D. 2007. 1760, note M. Verpeaux ; RFDA 2007. 564, note A. Levade ; AJDA 2007. 1097, tribune P. Cassia, 577, chron. F. Lenica et J. Boucher, et 2009. 1710, note F. Lafaille ; *GAJA*, 17e éd. 2009. 892, 116 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. GenevoisGAJA1720090116 ; RTD civ. 2007. 299, obs. P. Remy-Corlay ; n° 2008-564 DC, 19 juin 2008, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés, JORF 26 juin, p. 10228 ; AJDA 2008. 1664, note J.-D. Dreyfus, 1614, note O. Dord, et 2166, chron. E. Geffray et S.-J. Liéber ; *GAJA*, 17e éd. 2009. 922, 118 M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. GenevoisGAJA1720090118 ; D. 2009. 1852, obs. V. Bernaud et L. Gay, et 2448, obs. F. G. Trébulle.

(4) LO n° 2009-1523, 10 déc. 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, JORF 11 déc., p. 21379.

(5) Cons. const. n° 2009-595 DC, 3 déc. 2009, JORF 11 déc., p. 21381, consid. 14 et 22 ; RFDA 2010. 1, étude B. Genevois ; AJDA 2010. 88, étude M. Verpeaux, et 80, étude A. Roblot-Troizier ; RTD civ. 2010. 66, obs. P. Puig.

(6) *Ibid.* consid. 14.

(7) CE 14 mai 2010, n° 312305, *M. Rujovic*.